

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La conclusion du contrat par un agent électronique

Poullet, Yves

*Published in:*

Commerce électronique. Le temps des certitudes

*Publication date:*

2000

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 2000, La conclusion du contrat par un agent électronique. Dans *Commerce électronique. Le temps des certitudes*. Cahiers du CRID, Numéro 17, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 129-146.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR UN AGENT ELECTRONIQUE•

Yves POULLET\*

1. Le monde du commerce électronique se développe d'une façon extraordinaire. Ce n'est plus simplement un espace réservé aux commerçants, comme ce fut le cas dans les années 1980 avec le développement de l'E.D.I., mais de plus en plus un domaine dans lequel des transactions se concluent avec des consommateurs<sup>1</sup>. Parallèlement, « on note une demande croissante pour plus de clarté dans les règles applicables aux transactions et à leurs auteurs »<sup>2</sup>. En effet, toute incertitude juridique risque d'affecter l'utilisation des nouvelles technologies et de ralentir leur développement. Des problématiques telles que la validité ou l'exécution des contrats électroniques, ainsi que la validité des documents électroniques sont mises en avant. Comment les tribunaux peuvent-ils déterminer les conditions générales contractuelles applicables lors de contrats électroniques ? Dans quelle mesure les parties sont-elles responsables des dommages liés à des transactions électroniques défectueuses ? Quels sont les mécanismes d'auto-réglementation acceptables pour résoudre les litiges, et surtout quelle loi est applicable ?

De nombreux textes récents, internationaux et européens, traitent de ces questions. Ainsi, l'on note au niveau international la loi modèle pour le commerce électronique de la CNUDCI<sup>3</sup>, au niveau européen la directive relative aux contrats à distance<sup>4</sup>, et, plus récemment, la très débattue proposition de directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur<sup>5</sup>. Enfin, des législations nationales existent

- 
- Cet article a été présenté lors de la conférence internationale organisée par l'Académie de droit comparé allemande, les 22 et 23 septembre 1999 à Freiburg. Nous tenons à remercier Anne SALAÜN pour sa patiente traduction
  - \* Professeur à la Faculté de droit et au DES-DGTIC, Directeur du CRID, Membre de la Commission belge de la vie privée.
  - 1. Sur cette tendance, voy. M. CHIESICK et A. KELLMAN, « Electronic commerce », Sweet and Maxwell, 1999, particulièrement le chapitre introductif, points 1 à 15.
  - 2. Traduction libre de *New Zealand Law Commission's report on electronic commerce*, introduction au chapitre 3.
  - 3. Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (<http://www.uncitral.org>), Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>).
  - 4. Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE L* 144 du 4 juin 1997.
  - 5. Position commune adoptée le 28 février 2000 par le Conseil de l'Union européenne.

également ou sont en cours d'adoption, comme l'article 2B du *Uniform Commercial Code* américain (ci-après U.C.C.)<sup>6</sup>.

2. Parmi les questions juridiques exposées ci-dessus, la présente contribution se concentrera sur une problématique spécifique : le difficile problème de la validité juridique des contrats conclus par le biais d'un agent électronique. En d'autres termes, « les ordinateurs peuvent-ils conclure des contrats »<sup>7</sup>, notamment en considérant les exigences traditionnelles du fameux principe du Code civil de « l'autonomie de la volonté »<sup>8</sup>, et les règles similaires en *common law*, à savoir l'intention de créer des relations juridiques<sup>9</sup> ? Notre propos est d'examiner dans quelle mesure les contrats générés ou assistés par ordinateur sont juridiquement contraignants.

La raison d'une telle analyse est justifiée notamment par le fait que la proposition de directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après proposition de directive), bien que concernant de nombreux aspects des contrats électroniques, ne traite pas explicitement cette question. Dès lors, nous aimerions examiner si des dispositions réglementaires claires sont nécessaires, particulièrement du point de vue d'un juriste de « Code Napoléon », notamment en partant du principe qu'à l'extérieur de l'Europe la démarche législative a eu pour conséquence d'abolir les incertitudes quant à la validité des transactions électroniques<sup>10</sup>.

---

6. Actuellement en discussion. Voy., sur cet article et les multiples dispositions qu'il contient les actes d'un symposium relatif à « The Uniform Commercial Code, proposed article 2B », *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 1997, vol. XVI, 2 (particulièrement l'introduction de R.T. NIMMER, pp. 211-255).

7. Inspiré du titre du célèbre article de T. ALLEN et R. WIDDISON, « Can computers make contracts? », *Harvard Journal of Law and Technologies*, 1996, pp. 25 et s.

8. Sur ce principe, considéré comme le fondement de l'exécution des contrats, voy. l'analyse de G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, pp. 1-66.

9. En anglais : « *The intent to create legal relations* », voy. notamment *Chitty on contracts*, par. 2.105 to 2.120, Cheshire and Fifoot's *Law of Contracts*, chap. 5.

10. Comme le professeur R. NIMMER le reconnaît dans son premier article sur le sujet (R. NIMMER and P. KRAUTHOUSE, « Electronic commerce : new paradigms in information laws ») : « *Some might favor an approach to development of modern commercial law that requires fitting electronic practice and the law that governs it into these old paradigms developed for paper, hard goods and the other traditional venues around which commercial law was organised. But fitting new models into old forms takes too much from both* ». A comparer avec l'attitude prudente de M.B. ANDERSEN sur le même sujet : « *The question whether legislators take up the challenge of electronic commerce and legislate for it should in my opinion be answered on a need to have a basis...* », « Electronic commerce : a challenge to private law ? », Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, *Saggi, Conferenze e Seminari*, vol. 32, Roma, 1998, 28.

## CHAPITRE 1. L'AGENT ELECTRONIQUE COMME OUTIL DE CONCLUSION DES CONTRATS

3. Le concept d'agent électronique est entendu, à l'article 2B-102 (a) (21) de l'U.C.C. américain, comme : « *a computer program or other automated means used by a party independently to initiate or respond without review by an individual to electronic message or performances on behalf of that person* »<sup>11</sup>. Il est clair que ce concept englobe les agents intelligents utilisés à des fins de conclusion d'un contrat électronique<sup>12</sup>. Traditionnellement, l'E.D.I., pris au sens strict, signifiant l'échange d'informations d'ordinateur à ordinateur dans un format prédéfini<sup>13</sup>, a été le premier cas d'agent électronique utilisé pour la conclusion par voie électronique d'une opération transactionnelle. Notre analyse se référera donc nécessairement aux réflexions déjà faites à ce sujet. Depuis le développement d'Internet, de nouveaux agents électroniques sont apparus, à la fois du point de vue du prestataire de services (les *agents de demande*), et du point de vue du client (les *agents de décision*)<sup>14</sup>.

La première catégorie — les agents de demande — fait référence à des systèmes automatisés répondant automatiquement à la demande du client et lui proposant la transaction la plus adaptée. La seconde catégorie — les agents de décision — sont actuellement en cours de développement. Déjà, de nombreux *agents d'achat* ('buying agents') sont proposés aux internautes. Ces agents d'achat sont capables de comparer les produits et les services offerts par différents prestataires de services<sup>15</sup>, et, soit de trouver le produit ou le service recherché par l'internaute, soit de le sélectionner en fonction de différents critères. Ajoutons que ces agents peuvent être intégrés à l'ordinateur de l'internaute, tout comme ils peuvent être offerts par des sociétés spécialisées qui offrent ce genre de services à la demande d'un utilisateur, qu'il soit consommateur ou professionnel<sup>16</sup>.

---

11. Texte disponible à : <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2b/2b299.doc>

12. P. MAES propose la définition suivante : « *programs that are capable of reacting with an environment, adapting themselves to circumstances, taking decisions or refining their own behaviour on the basis of the observations made by them* », *Intelligent Software*, Scientific American, vol. 273, n° 3, pp. 84-86.

13. Voy. entre autres, A.H. BOSS, « The legal status of Electronic Data Interchange in the United States », projet Eltrado financé par la fondation Volkswagen, juillet 1992, p. 1.

14. Sur cette distinction, voy. la présentation intéressante de S. GAUTHRONET et F. NATHAN, « Online services and the protection of privacy », étude réalisée pour la Commission européenne, DG marché intérieur, pp. 35-40.

15. Par exemple, *Bargain Finder*, développé par Andersen Consulting, ou *Challenger*, développé par le MIT. Le système Bargain Finder permet aux utilisateurs intéressés par les CD de musique de trouver l'endroit où se trouvent les musiques intéressantes, ainsi que les hyperliens utiles.

16. Pour des exemples d'utilisation d'agents électroniques dans des opérations de commerce électronique, voir la liste des projets financés par la Commission européenne sur le site : <http://www.ispo.cec.be/Ecommerce/agent.htm>

Une troisième catégorie d'agent électronique peut être mentionnée : certaines sociétés qui utilisent des agents intelligents sont maintenant actives dans les relations entre internautes et prestataires de services. Ainsi, l'exemple de la Camif, qui fournit à ses visiteurs un agent intelligent qui joue le rôle du vendeur : l'agent est non seulement utilisé pour sélectionner les produits qui intéressent le client, mais aussi pour configurer automatiquement les pages appropriées du catalogue électronique en assemblant les objets HTML correspondants dans la base d'articles. Les agents intelligents jouent donc le rôle de vendeurs virtuels et de conseillers, capables de réaliser des ventes d'accessoires liés.

4. Dans un système ouvert comme Internet, le concept de l'agent électronique ne doit pas être limité à l'agent incorporé dans les systèmes d'information développés par les divers prestataires de services en ligne. Contrairement au schéma traditionnel de l'E.D.I., le concept d'agent électronique couvre non seulement les relations entre entreprises mais aussi avec des consommateurs<sup>17</sup>. Il comprend également des systèmes variés allant de l'aide à la sélection, jusqu'à la conclusion du contrat.

Dans ce dernier cas, il se peut qu'une erreur sur la qualité de la partie contractante soit commise. Par exemple, si un internaute utilise un système P.3.P.<sup>18</sup> dans le but de ne sélectionner que les sociétés respectueuses de la vie privée, il est possible qu'un dysfonctionnement ait pour conséquence de contracter avec un site ne respectant pas la vie privée. Un juge qualifierait certainement ce problème d'erreur sur la qualité de la partie contractante, cette qualité étant considérée comme essentielle dans la mesure où l'internaute a utilisé le système P.3.P dans le but précis de ne pas contracter avec ce genre de sites.

Enfin, une autre différence doit être soulignée : tandis que le processus contractuel de l'E.D.I. fonctionne selon des instructions pré-programmées simples et stables, « *computer systems are now emerging that can operate not just automatically but autonomously. Autonomous machines can learn through experience, modify the instructions in their own programs and even devise new instructions. They can make decisions based on the self-modified or self-created instructions. If autonomous computers are able to learn and modify their own behaviour in this way, a reasonable implication must be that they are capable of manifesting (or at least, appearing to manifest) human cognitive processes which we associate with the exercise of free will* »<sup>19</sup>.

---

17. Sur ce point, voy. D. GRIFFITHS, « Contracting on the Internet », *E.I.P.R.* 1997, p. 13 et s.

18. Voy. le site : <http://www.w3.org/P3P>

19. T. ALLEN et R. WIDDISON, *op. cit.*, et leurs multiples références à des articles scientifiques relatifs à l'intelligence artificielle.

## CHAPITRE 2. L'EXECUTION DES CONTRATS CONCLUS PAR LE BIAIS D'AGENTS ELECTRONIQUES : LA REPONSE EUROPEENNE

5. L'utilisation des agents électroniques à des fins contractuelles pose des questions relatives à l'existence du consentement de la partie qui a utilisé un agent. Dans quelle mesure doit-on considérer le « consentement » automatiquement émis par un système d'information comme le « consentement » exigé par nos lois et juridictions pour la formation des contrats ? La réponse est incertaine. De plus, des erreurs commises par le logiciel lui-même peuvent conduire à donner un consentement à un contrat alors que la partie contractante ne l'aurait pas voulu. Indépendamment des questions de responsabilité inévitablement liées à l'utilisation d'agents, impliquant soit le producteur du logiciel, soit l'utilisateur, la question se pose de savoir si la partie qui a donné son consentement sera considérée comme liée par le contrat ainsi conclu.

6. La proposition de directive, comme déjà souligné, ne répond pas à cette délicate question. Comme R. Julià-Barceló le souligne<sup>20</sup>, la proposition ne mentionne pas explicitement le problème des agents électroniques. La seule mention explicite se trouve dans le considérant n° 34 de la proposition : « chaque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique (...); il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique ».

Peut-on considérer que l'article 9 § 1 de la proposition de directive pose un principe fondamental de reconnaissance de ce principe ? Le texte dit « les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

On en déduit une obligation de spectre large mise à charge des États membres d'amender leurs législations nationales et d'identifier tout ce qui, en pratique, empêche l'utilisation effective des contrats électroniques, à tout moment du processus contractuel, y compris la formation et l'exécution du contrat. Il est difficile de conclure de ce commentaire qu'une obligation de reconnaître la validité des contrats conclus entièrement ou partiellement par voie électronique s'impose aux États membres.

---

20. R. JULIA-BARCELO, « A new legal framework for electronic commerce: the EU electronic commerce proposal », *C.L.S.R.*, vol. 15, n° 3, pp. 147-158.

Les premiers commentateurs de la proposition de directive<sup>21</sup> ont souligné le fait que cette disposition invitait les Etats membres à supprimer uniquement les exigences juridiques de forme prescrites à des fins de preuve, telles que l'exigence d'un écrit, ou d'autres formalités exigées dans le but de protéger les consommateurs ou encore à des fins administratives. Une autre interprétation peut être donnée dans la mesure où le texte se réfère explicitement non seulement à l'effet mais aussi à la validité du contrat électronique. En effet, excepté dans certains cas<sup>22</sup>, on peut considérer que l'article 9 § 1 couvre également la question du consentement, ou d'autres exigences prescrites à des fins de validité du contrat.

Cette interprétation trouve d'ailleurs un support dans l'interprétation donnée par la CNUDCI à une disposition plus ou moins semblable. L'article 11 de la loi modèle sur le commerce électronique dispose que *« lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé »*. Le commentaire de cet article est particulièrement intéressant : *« Toutefois, cette disposition est nécessaire en raison des incertitudes qui subsistent dans un nombre considérable de pays quant à savoir si des contrats peuvent valablement être conclus par des moyens électroniques. Ces incertitudes peuvent découler du fait que, dans certains cas, les messages de données exprimant une offre et une acceptation émanent d'ordinateurs sans intervention humaine immédiate, d'où des doutes quant à l'expression de la volonté des parties »*.

Toutefois, l'argument fondé sur le précédent de la CNUDCI n'est pas totalement convaincant. La validité des contrats conclus automatiquement par des moyens électroniques s'appuie sur l'article 11 précité, mais également sur l'article 13 qui envisage clairement la question dans son second paragraphe : *« en ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé :*

- a) par une personne autorisée à agir à cet effet au nom de l'expéditeur ; ou*
- b) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement ».*

---

21. R. JULIA-BARCELO, *op.cit.* ; C. KUNER, « First thoughts on electronic contracting under the EU "E-commerce directive" », article présenté au workshop ECLIP, mars 1999, Palma de Mallorca (voy. le site : <http://www.jura.uni-muenster.de/eclip>).

22. Certains cas, relatifs aux exigences de preuve, mais aussi à la validité du contrat, sont mentionnés à l'article 9 § 2 (contrats nécessitant l'intervention d'un notaire, contrats régis par le droit de la famille, etc.), et ne sont pas soumis au principe général de l'article 9 § 1. D'autres cas existent, comme par exemple en Belgique, où un acte écrit est exigé pour créer certaines sociétés, et seront soumis à l'article 9 § 1.

Dès lors, il apparaît que la simple référence à une obligation imposée aux États membres de ne pas empêcher les contrats électroniques sur le seul fondement qu'ils ont été conclus par voie électronique, n'est pas suffisante pour assurer la validité des contrats conclus par l'intermédiaire d'un agent électronique. L'article 9 § 1 de la proposition de directive<sup>23</sup> ne supprime pas l'exigence contractuelle imposée, par les législations nationales, d'un consentement manifeste exprimé par chaque partie. La seule solution aurait été, comme c'est déjà le cas dans la loi modèle de la CNUDCI et dans la législation américaine en projet<sup>24</sup>, d'ajouter la règle dans une autre disposition expliquant clairement que le message est attribuable à une partie s'il est envoyé par cette partie, son agent, ou son agent électronique programmé pour agir automatiquement dans ce but.

Attribuer l'acte de l'agent électronique à la personne qui utilise l'agent (expression de l'U.C.C.), ou attribuer l'acte d'un système d'information programmé par ou pour la partie (expression de la loi modèle de la CNUDCI) conduit à empêcher tout désaveu par la partie concernée de l'intention de créer des relations juridiques<sup>25</sup>.

7. Étant donné qu'aucune solution législative explicite n'existe dans la plupart des systèmes juridiques européens, comment garantir la validité juridique des contrats conclus par le biais ou avec l'assistance d'agents électroniques ?

Notre réponse se concentrera uniquement sur les systèmes juridiques de Code Napoléon, même si certaines réflexions relatives à d'autres systèmes juridiques seront évoquées.

---

23. Ajoutons que le champ d'application large de cette disposition, et l'obligation imposée aux États membres, entraînera des difficultés d'interprétation par les États membres lors de la transposition de la directive.

24. Le système américain prévu dans la nouvelle version de l'U.C.C. est plutôt complexe : la section 2B-111 relative au « consentement manifeste » prévoit : « a person or electronic agent manifests assent to a record or term in a record if the person, acting with knowledge of, or after having an opportunity to review the record, term or copy of it, or the electronic agent, after having an opportunity to review:

- 1) authenticates the record or term,
- 2) in the case of the conduct or statements of a person, the person intends to engage in the conduct or make the statement and has a reason to know that the other party may infer from the conduct or statement that the person assents to the record or term,
- 3) in the case of operations of an electronic agent, *the electronic agent engages in operations that the circumstances clearly indicate constitute acceptance* ».

Cette disposition est complétée par la section 2B-112 qui définit « *the opportunity to review* » comme une pré condition du manifestement du consentement à un enregistrement : « a person or electronic agent has an opportunity to review a record or term only if the record or term is made available in a manner that:

- 1) (...), or
- 2) *in the case of an electronic agent, would enable a reasonably configured electronic agent to react to the record or term* ».

25. New Zealand Commission, « Report on electronic commerce », *op.cit.*, n° 63.



### CHAPITRE 3. PREMIERES TENTATIVES DE SOLUTION

8. Le problème n'est absolument pas nouveau. Il a été traité dans le cadre de la validité des transactions EDI<sup>26</sup>. Toutefois, les différences entre, d'une part, les situations contractuelles liées aux transactions dues à l'EDI, et, d'autre part, les situations envisagées maintenant sous le concept de contrats conclus par le biais d'agents électroniques sont importantes. Particulièrement, les transactions EDI avaient le plus souvent lieu au sein d'un groupe fermé d'utilisateurs professionnels dans le cadre de relations continues. C'est pourquoi la question de la validité des contrats conclus électroniquement pouvait facilement trouver une solution contractuelle : l'article 3 § 1 de la recommandation sur le modèle européen pour l'EDI précise que les parties, qui ont l'intention d'être juridiquement liées par l'accord, renoncent explicitement à contester les contrats réalisés par l'utilisation de l'EDI, en conformité avec les conditions de l'accord, sur la seule base qu'ils ont été réalisés *via* l'EDI.

En d'autres termes, entre des parties bien identifiées, il est aisé d'ajouter au traditionnel document papier, considéré comme un contrat cadre (*framework contract*), une disposition précisant que les transactions effectuées sur la base du contrat seront conclues valablement, par la simple utilisation de moyens électroniques, et ne pourront pas être contestées par les parties pour cette seule raison.

Dans le contexte d'un accord d'inter-échange conclu avant le commencement des transactions électroniques, il peut être clairement décidé qu'entre les futures parties professionnelles les transactions générées par ordinateur seront contraignantes. Cette solution a été largement appliquée dans le cadre des transactions EDI ou des transferts électroniques de fonds.

Si les contrats sont conclus dans un environnement ouvert entre des parties qui ne sont pas nécessairement identifiées ou identifiables, la solution décrite ci-dessus trouve plus difficilement à s'appliquer<sup>27</sup>. Comme le précise L. Elias, « *where a global contract, regulating the essential aspects of the different following transactions concluded in the context of this global contract does exist, the enforceability of the following transactions is based on the provisions of this global contract even if they are concluded and realised through electronic means* »<sup>28</sup>.

---

26. Voy. par exemple L. ELIAS, J. GERARD, G.K. WANG, *Le droit des obligations face aux échanges de données automatisées*, rapport Tedis publié comme Cahier du CRID, n° 8, Kluwer, Story-Scientia, Bruxelles, 1992 ; R. JULIA-BARCELO, *La formación des contracto por medios electronicos (EDI)*, thèse, Espagne, 1998, pp. 222 et s.

27. À propos des caractéristiques d'Internet et de ses conséquences sur l'approche réglementaire, voy. J. KAUFMAN WINN, *Open systems, free markets and regulation of Internet commerce*, 72, Tulane review 1177 (1998).

28. *Op.cit.* p. 40.

La question est de savoir si la validité d'un contrat conclu par l'intermédiaire d'un agent électronique peut ainsi se poser indépendamment de l'existence d'un contrat cadre conclu lui par écrit<sup>29</sup>.

9. Différentes solutions ont été avancées pour résoudre cet obstacle juridique. Brièvement, il est possible de distinguer trois solutions.

La première reconnaît les agents électroniques en tant que personnes juridiques ou morales, (*legal persons*) capables d'avoir leur propre volonté et donc capables de conclure des contrats de leur propre chef ou au nom de la partie impliquée dans la transaction. Cette solution présente l'avantage de ne pas compromettre la doctrine de l'autonomie de la volonté (point A).

La deuxième solution a été défendue notamment par des auteurs français, qui considèrent que la conclusion du contrat par des moyens électroniques est le résultat d'une volonté pré-programmée, ne remettant pas en question l'exigence de l'intention de créer des obligations juridiques (point B).

Enfin, la troisième solution est plus révolutionnaire dans la mesure où elle considère que les parties peuvent être liées même s'il n'existe pas d'intention de l'être. Ce courant est justifié par une doctrine récente relative à *l'apparence* comme source autonome d'obligations (ce point sera développé dans le chapitre 4).

### ***A. L'intelligence artificielle et la personnalité juridique***

10. La première solution reconnaissant aux agents électroniques la qualité de nouvelle personne juridique se base sur la comparaison fréquemment faite par une littérature pseudo scientifique entre, d'une part, le fonctionnement de générations actuelles et futures de systèmes d'intelligence artificielle, et, d'autre part, le raisonnement humain. Selon L. Solum<sup>30</sup> et M.S. Willick<sup>31</sup>, un système qui atteint un niveau d'auto-décision (*self consciousness*), c'est-à-dire un système qui est capable d'apprendre et de décider de façon autonome, devrait être moralement habilité et traité comme une personne juridique. En effet, rien n'interdit que les systèmes juridiques reconnaissent de nouveaux sujets, comme cela a été le cas avec la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés et associations.

---

29. Voy. T. ALLEN, « Electronic Data Interchange and the formation of the contract », *Proceedings of the Third National Conference on Law, Computers and artificial intelligence*, Aberyswyth, 1992, pp. 3 et s.

30. L. SOLUM, « Legal Personhood for artificial intelligences », 1992, *North Carolina Law Review*, 70, 1231. Le raisonnement de l'auteur est largement développé par T. ALLEN et R. WIDDISON, *op.cit.* p. 6.

31. M. S. WILLICK, *L'intelligence artificielle : les approches juridiques et leurs implications*, Ordre juridique et technologie, Paris, Cahiers S.T.S., 1986, pp. 55-80. Déjà en 1975, J.-P. BUFFELAN, *Introduction à l'informatique juridique*, Paris, P.U.F., p. 5.

À côté de cet argument de « l'autorisation morale », d'autres arguments sont développés pour justifier l'octroi de la personnalité juridique<sup>32</sup>. Ainsi, l'on trouve les arguments de la « réalité sociale » et de « l'expédient légal » (*legal expediency*), tous deux basés sur l'exemple précédent de la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés, et sur la nécessité sociale de cette reconnaissance. Cette nouvelle entité juridique peut agir en tant qu'agent autorisé à la place de la partie réellement contractante, ou peut être considérée comme une personne juridique dont les actes sont sous la responsabilité de la partie en question<sup>33</sup>.

Cette argumentation est toutefois sujette à de sévères critiques.

**11.** La première objection est liée au champ limité de l'affirmation. Peu d'agents électroniques pourront être vus comme répondant à la comparaison avec le raisonnement humain. D'autant qu'il demeure extrêmement difficile de distinguer entre les systèmes dignes d'une telle reconnaissance juridique, et les autres : à partir de quel degré de sophistication peut-on considérer que l'assimilation est possible ?

La seconde objection est plus fondamentale : pour être pleinement efficace, la solution prônée requiert un long processus législatif. Le problème ne se règlera pas simplement par l'adoption de législations nationales établissant des standards communs de définition pour cette nouvelle personne juridique. La reconnaissance est contestable du fait des arguments et du raisonnement adoptés pour les sociétés. Dans la mesure où la personnalité juridique est clairement un « procédé juridique »<sup>34</sup>, « *a legal artefact founded on a legal fiction* », la qualification de « personne juridique » est directement issue des besoins sociaux concernant les relations juridiques entre parties tierces<sup>35</sup>. Cette justification explique pourquoi l'attribution d'un patrimoine est liée à la capacité sociale de cette entité légale. Cette

---

32. J.C. DODD et J.A. HERNANDEZ, « Contracting in Cyberspace », *Computer Law Review and Technology Journal*, summer 1998, p. 4.

33. Ces arguments sont développés par T. ALLEN et R. WIDDISON, *op. cit.*, pp. 6-10. Voy. aussi la démonstration brillante de R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione des contratto*, Coll. Diritto dell'informatica, n°5, Giuffrè, 1985, pp. 20-35, qui critique cette « unmanizzarla » de l'ordinateur.

34. Sur ce point, voy. la synthèse réalisée par J. FOYER, concernant le système juridique français, *La personnalité morale et ses limites*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris, T. XVIII, L.G.D.J., 1960, pp. 112 et s. Dans le même sens, R. DAVID, Rapport général, Travaux, 3-7 : cet auteur souligne l'attitude différente d'une certaine approche américaine basée davantage sur la théorie de la réalité. Sous cette théorie, la société dispose d'un droit naturel à être reconnue en tant que personne morale car elle défend un intérêt différent de ceux de ses membres.

35. « Octroyer la personnalité à un groupement d'hommes (...), c'est constater qu'en ce qui concerne leurs relations juridiques avec des tiers, il est commode de considérer tous les membres de ce groupe comme faisant un tout indivisible », M. WALINE, *Droit administratif*, 9<sup>e</sup> édition, 1964, n° 453. Le même argument est développé par T. ALLEN et R. WIDDISON, *op. cit.* p. 7 : « legal persons are entities that are constructed within the legal system as 'semantic artifacts' to which legally meaningful communications are attributed. In other words, entities are described as legal persons when the legal system attributes legally meaningful communications to them ».

perspective mise en lumière, il est douteux que la personnalité juridique sera accordée aux agents électroniques : l'attribution d'un patrimoine à un ordinateur n'a en effet pas de sens. Quelle responsabilité et quel engagement contractuel pourrait bien être « supporté » par un ordinateur en cas de dysfonctionnement ?<sup>36</sup>

La même objection est valable à l'égard du schéma qui identifie l'agent électronique<sup>37</sup> comme un représentant autorisé, ou, pour être plus précis, comme un agent agissant, selon toutes les apparences, à la place du destinataire final du message contractuel dans le but de faire une offre ou de l'accepter. Cette qualification, suggérée par l'utilisation de la même terminologie dans les domaines juridiques et techniques, ne résout rien. En effet, l'agent doit être une personne juridique, ce qui vient précisément d'être contesté, et même en admettant que cela puisse être le cas, la question de savoir si la partie représentée est engagée en cas de dysfonctionnement du logiciel demeure. En principe, la partie est engagée seulement si le représentant a agi dans la limite de son mandat<sup>38</sup>. Élément essentiel à la reconnaissance d'une personnalité juridique<sup>39</sup>, l'existence d'un patrimoine séparé est clairement requise si la personne juridique souhaite jouer un rôle autonome par rapport aux tiers. En d'autres termes, nous revenons aux mêmes arguments déjà développés à l'encontre de la reconnaissance de la personnalité juridique aux agents électroniques.

---

36. Voy., dans le même sens, J.-L. GAGNON, *L'échange de consentements et le commerce électronique : de l'autonomie de la volonté à la « volonté » de la machine*, disponible à : <http://www.droit.umontreal.ca>. « De plus, puisqu'il existe d'autres moyens, moins ridicules et à tout le moins créant moins de remous dans le droit, nous croyons que le législateur devrait s'abstenir d'accorder une telle personnalité aux ordinateurs, autonomes ou non ».

37. Voy., sur cette théorie, J. FISCHER, « Computers as agent: a proposal approach to revised U.C.C. article 2 », 1997, *Indiana L.J.*, 72 pp. 555 et s. : « indeed, the provision discussed below dealing with EDI's capability to form a contract without human awareness or consent reach precisely results as agency law would reach if applied to the computers entered into contracts ». Pour une sévère critique de cette théorie, voy. L. THOUMYRE, *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, disponible à : <http://www.juriscom.net/droit/universite/doctrine/article4.htm>, et une position plus nuancée, C. GAGNON, *op. cit.*, p. 22.

38. Voy., entre autres, J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Paris, Dalloz, 1982, pp. 55 et s. De même, J. FISCHER, qui admet que certaines règles juridiquement applicables au contrat d'agence ne doivent pas s'appliquer (*op. cit.* p. 557 : « the principles of agency extended to computers in the agency paradigm are only those that deal with agents as agent, that is entities doing the will of human principal. The aspects of agency law that deal with agents as persons, that is, rules setting out the duties of agent to principal capacity to do if another, have been intentionally omitted from the agency paradigm set forth in this note »).

39. « La personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir. Effectivement, elle n'existe, au sens juridique du terme, que par sa faculté de prendre sa part des biens de la collectivité », E. HUBERT, Introduction au Code civil suisse, cité dans L. THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », précité.

***B. L'agent électronique comme moyen pour le professionnel d'exprimer sa volonté***

**12.** La seconde solution considère l'ordinateur en général, et l'agent électronique en particulier comme moyen de prolonger la volonté de l'entité légale qui utilise le programme comme pur instrument de communication, tel un téléphone ou un fax. Selon l'expression utilisée il y a 10 ans par I. de Lamberterie, le programme intégré dans l'agent électronique serait « *un support technique prolongeant la volonté de l'utilisateur* »<sup>40</sup>. Comme le remarquent T. Allen et R. Widdison, cette théorie est exactement le contraire de la première qui analyse la machine comme une entité autonome capable d'émettre un consentement distinct : « *we could choose to ignore this autonomy and treat it as no more than a passive adjunct or extension of the human trader. In effect, we would adopt the legal fiction that anything issuing from the computer really issues directly from its human controller* »<sup>41</sup>.

L'idée de base de cette théorie est le fait qu'une personne qui a programmé, et qui utilise un système de transactions tel qu'un agent électronique, doit être considérée comme l'auteur direct de tous les messages issus de ce système de transactions<sup>42</sup>.

**13.** De nombreuses objections peuvent être formulées à l'encontre de cette seconde thèse. L'une des objections se base notamment sur le fait que cette thèse ne se soucie pas des caractéristiques des agents électroniques. Comme nous l'avons déjà observé, la complexité du fonctionnement des systèmes est telle que les utilisateurs ne sont probablement pas conscients ni de leurs capacités, ni de leur possibilité d'apprendre à partir de l'expérience développée et de l'environnement. De plus, certains agents électroniques, utilisés surtout par des consommateurs, sont totalement en dehors du contrôle de ces personnes. La comparaison avec le fax ou le téléphone n'est donc pas opportune<sup>43</sup>.

Une autre objection s'attache aux conséquences désastreuses de cette théorie. Si l'on considère l'agent électronique comme un outil de la volonté de l'utilisateur, on doit conclure que l'utilisateur sera toujours engagé par

---

40. I. de LAMBERTERIE, « La vente par voie télématique », étude réalisée pour le compte du Conseil de recherche du Ministère de la justice, Rapport intermédiaire, février 1988, pp. 27-29.

41. *Op. cit.* pp. 46-47.

42. Voy. sur ce point le développement très complet de R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione des contratto*, *op. cit.* pp. 33-40.

43. L'un des premiers auteurs allemands a déjà souligné ce fait en 1985, au moment où les ordinateurs n'étaient pas aussi complexes qu'aujourd'hui. Voy. R. CLEMENS, *Die Elektronische Willenserklärung*, Chancen und Gefahren, NJW, 1985, pp. 34 et s.

les transactions initiées par le programme, même si les messages ne correspondent pas à la volonté de leur « auteur »<sup>44</sup>.

Enfin, cette théorie, qui prétend être en accord avec la doctrine de l'autonomie de la volonté, souffre de déficiences par rapport à son fondement juridique. Comme l'a exprimé la Cour de cassation belge, sous cette doctrine, un contrat « *requiert pour sa formation non seulement la simple coexistence de volontés qui ignorent leur consensus, mais bien leur véritable concours à un moment donné, c'est-à-dire la conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat* »<sup>45</sup>. Dès lors, s'il est possible de considérer que les messages délivrés par l'agent électronique sont l'expression implicite de la volonté de l'utilisateur, il devient plus facile de considérer que cette volonté est exprimée vis-à-vis d'un contenu particulier<sup>46</sup>, spécialement dans l'hypothèse d'un dysfonctionnement où l'utilisateur prétend qu'il est évident qu'il n'aurait jamais accepté la transaction.

## CHAPITRE 4. LA THEORIE DE L'APPARENCE : UNE NOUVELLE SOLUTION ?

14. À ce stade, il semble qu'il n'existe pas de possibilité de concilier l'ensemble de la doctrine de l'autonomie de la volonté avec le principe de l'exécution du contrat conclu par le biais d'un agent électronique. Doit-on pour autant conclure que les ordinateurs ne peuvent pas conclure de contrats, créant alors un sérieux risque à l'égard du développement du commerce électronique ? Nous sommes d'avis que la *théorie de l'apparence*<sup>47</sup> issue du Code civil, considérée comme une source autonome

---

44. Cette objection a été formulée par H. CROZE, note sous Cass. fr. 6 novembre 1984, *D.S.*, 1985, pp. 534-536. A comparer avec T. ALLEN et R. WIDDISON, « But if the courts adopt the legal fiction that a computer never operates autonomously, they give themselves no room to manoeuvre. Considering the variety of situations which are likely to arise in practice, this hardly seems desirable » (*op. cit.*, p. 47).

45. Cass., 16 juin 1960, *Pas.* 1960, I, p. 1990 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 301. Cet arrêt est cité par L. ELLIAS et *alii.*, *op. cit.*, p. 43. Sur la distinction entre les notions de « coexistence » et de « concours » des intentions, voy. la thèse de G. ROUHETTE, *op. cit.*. Voy. aussi J. GHESTIN, *op. cit.* p. 217 et s. ; M. TANCELIN, *Source des obligations – l'acte juridique légitime*, W. and L., Montréal, 1993, p. 24.

46. Cela aurait été le cas si l'agent électronique était configuré d'une telle façon qu'il ne réponde qu'aux messages particuliers et au contenu fixé à l'avance sans aucune autonomie. Or, comme nous l'avons souligné, les agents électroniques « modernes » sont trop sophistiqués pour que cela soit le cas.

47. De nombreux auteurs doivent être évoqués, parmi eux :

- doctrine française : J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1959 ; J. DERRIDA et J. MESTRE, *Encyclopédie Droit Civil Dalloz*, v° apparence ;
- doctrine espagnole : A. GORDILLO, *La representación aparente*, Thèse, Sevilla, 1978 ;

d'obligations<sup>48</sup>, peut résoudre le problème, en prenant en considération à la fois les intérêts de l'utilisateur de ces technologies et ceux de la partie contractante. La théorie considère comme source autonome d'obligations la création, vis-à-vis d'une partie tierce (en ce compris le contractant), d'une croyance légitime en une situation apparente<sup>49</sup>.

En accord avec une certaine doctrine<sup>50</sup>, cette théorie a pour fondement la responsabilité extra-contractuelle. Elle considère que la partie responsable de la création de la fausse apparence, ou qui a pris le risque de cette fausse apparence, doit en supporter les conséquences, à savoir la reconnaissance de l'existence du contrat. Cette approche a été sévèrement critiquée : le fait qu'une personne cause un dommage en suscitant la confiance d'un tiers quant à l'existence de la transaction n'est pas suffisante pour expliquer que cette personne est liée par un contrat qu'elle ne souhaitait pas conclure.

Les doctrines française et espagnole<sup>51</sup> ont développé une autre opinion, évitant les fondements de cette théorie. Suite à une décision significative de la Cour de cassation belge<sup>52</sup>, bon nombre d'auteurs belges ont suivi cette seconde opinion. La bonne foi du tiers, combinée aux exigences de sécurité des transactions et des bénéfices commerciaux, explique que la partie ne puisse prendre l'autre partie au dépourvu en niant l'apparence attribuable à sa propre activité, et en causant ainsi un dommage à la partie contractante. Cette seconde opinion amène à prendre d'abord en considération la position de la victime plutôt que l'attitude de l'auteur, et à y rechercher une faute.

Sur ce fondement, la doctrine et les tribunaux ont énuméré un certain nombre de conditions nécessaires pour appliquer cette théorie. À notre point de vue, ces conditions qui mènent à la reconnaissance de l'existence

---

- doctrine belge : R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une phase nouvelle », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 45 et s. ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, thèse, Bruylant, 1995.

48. P. VAN OMMESELAGHE, « L'apparence comme source autonome d'obligations en droit belge », *R.D.I.D.C.*, 1983, pp. 144 et s.

49. S. STYNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Les obligations, chronique de jurisprudence, 1990-1995 », *J.T.*, 1996, pp. 690 et s.

50. Cette approche est soutenue par la doctrine belge. Voy. notamment P. de HARVEN, « Etude sur la notion d'apparence en droit privé », *R.D.B.*, 1938, p. 91. Plus récemment, voy. la thèse de X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, qui tente de développer un concept large de faute, défini comme le simple non respect de la légitime attente des tiers.

51. Selon la doctrine française, le principe a été établi depuis le début par le père de la théorie de l'apparence, J. CALAIS-AULOY, dans sa thèse « *Essai sur la notion d'apparence en droit* », *L.G.D.J.*, 1959. En doctrine espagnole, voy. l'analyse très complète du principe et sa reconnaissance juridique, proposée par R. JULIA-BARCELO dans sa thèse, *op. cit.*, pp. 236 et s., (et les nombreuses références à GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978).

52. Cass. 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I., 1256 ; *J.T.*, 1989, p. 547, obs. P. FORIERS. Voy. également S. STYNS et *alii.*, précité.

du contrat, malgré l'absence de volonté, sont pleinement applicables dans le cadre de contrats conclus automatiquement par le moyen d'agents électroniques.

**15.** La doctrine et les tribunaux posent quatre conditions pour que la théorie s'applique<sup>53</sup>.

- la *première condition* requiert un élément objectif : la situation apparente ne doit pas correspondre à une situation réelle, ce qui signifie, dans le cas des contrats électroniques, que l'agent électronique ait produit des transactions non désirées ;
- la *deuxième condition* requiert que la foi dans la fausse transaction soit légitime, ce qui suppose non seulement la bonne foi de la partie contractante, qui ignore *de facto* la situation réelle, mais aussi l'absence de possibilité de connaître la situation, en fonction du principe du critère de l'agent raisonnable. Pour illustrer ce propos, imaginons que suite au mauvais fonctionnement de l'agent électronique, j'achète un certain nombre de biens pour un prix minimal qui ne correspond manifestement pas au prix du marché : il n'est pas évident qu'un juge considère mon attitude d'acheteur comme un acte de bonne foi. Toutefois, dans la plupart des cas, la partie contractante n'aura pas de difficultés à démontrer sa bonne foi, dès lors qu'elle s'attend à ce que le système, prévu pour faciliter la conclusion de contrats, agisse en conformité avec les instructions données, et qu'il fonctionne correctement<sup>54</sup> ;
- la *troisième condition* est relative à l'existence d'un dommage dans le cas où des relations contractuelles apparentes seraient maintenues ;
- enfin, la *quatrième condition* concerne l'exigence par les tribunaux que la création de la fausse apparence soit imputable à la personne contre qui l'apparence est invoquée. Cette condition est particulièrement importante dans le cadre de sociétés qui utilisent des agents électroniques pour améliorer leurs activités : elles prennent le risque que le système commette une erreur, mais en même temps elles ont les moyens de contrôler le fonctionnement des agents électroniques ou les personnes en charge de la gestion du système<sup>55</sup>. Le même raisonnement ne peut cependant pas être tenu en ce qui concerne un consommateur qui n'est pas en me-

---

53. Voy. aussi l'analyse de R. JULIA-BARCELO en ce qui concerne l'application de la théorie de l'apparence aux contrats EDI (thèse, *op. cit.*, pp. 235-245).

54. Notons que dans le cas de transactions E.D.I. opérées dans un réseau fermé, dans le contexte de relations continues entre professionnels, cette condition est plus facilement remplie.

55. Sur ce point, voy. R. CLARIZIA, *op. cit.* pp. 36 et s. ; R. JULIA-BARCELO, thèse, *op. cit.*, p. 240.



sure d'exercer un contrôle sur l'agent électronique. Enfin, le fait que le message soit signé par l'agent électronique est clairement un signe apparent que le professionnel s'est engagé par le message qui lui est imputable par le fait qu'il revêt sa signature<sup>56</sup>.

**16.** En conclusion de l'analyse de ces conditions applicables au « cas des agents électroniques », notons que l'application de la théorie de l'apparence ne mènera pas dans tous les cas à la reconnaissance de l'existence d'un contrat. C'est d'ailleurs l'un des intérêts majeurs de cette théorie d'éviter une solution systématique, et de laisser une certaine marge de manœuvre au juge, qui devra prendre en compte des situations exceptionnelles telles que l'absence de bonne foi de la partie contractante, ou l'hypothèse où la création d'une fausse apparence n'est pas le fait de l'utilisateur de l'agent électronique.

Cette conclusion n'est toutefois pas exempte de critiques, notamment à l'égard de la solution législative américaine. Les sections 2B-111 et 112<sup>57</sup> envisagent un système créant automatiquement une relation contractuelle contraignante entre l'utilisateur de l'agent électronique et son partenaire. Selon ces sections, le « consentement manifeste » est donné par l'utilisation de l'agent électronique, dans la mesure où l'agent est capable de réagir et a donc une « *opportunity to review* ». L'idée majeure suivie par le législateur américain est de substituer au concept de « consentement », celui de « consentement manifeste » (*manifest assent*)<sup>58</sup>. L'apparence en tant que telle est, selon l'approche américaine, suffisante pour créer le contrat.

L'approche que nous suggérons, fondée sur la théorie de l'apparence, introduit par contre certaines nuances intéressantes à relever et ne conduit pas à une condamnation automatique de celui qui a créé l'apparence. Selon nous, l'apparence n'est pas, en tant que telle, source autonome d'obligations contractuelles dans la mesure où seules les attentes légitimes du tiers, liées à la situation imputable à l'utilisateur de l'agent électronique, peuvent créer des relations juridiquement contraignantes<sup>59</sup>.

---

56. La conclusion de contrats par voie électronique est un argument majeur en faveur de la reconnaissance d'une signature pour les personnes morales. A propos de cet argument et d'autres en faveur de l'extension de la signature aux personnes morales, lire, entre autres, M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexions pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, juillet-août 1998, n° 4/5, pp. 285-310.

57. Voy. le texte repris à la note 24.

58. Il s'agit en d'autres termes « d'objectiver » le consentement (voy. T. ALLEN et R. WIDDISON, *op.cit.*, p. 45). A noter dans le même sens le texte de la section 202 (a) de l'U.C.C. américain : « *a contract may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both parties, or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract* ».

59. Un exemple de cette différence se trouve dans l'affaire *State Mutual Automobil Insurance Co v. Bockurst* (453 F. 2d 533, 10<sup>th</sup> Cir. 1972), citée par de nombreux américains. Selon les faits, un automobiliste après un accident a pris contact avec son assureur pour réintroduire rétroactivement sa police d'assurance. En raison d'une incapacité du programme informatique de répondre à la demande, la police a été réintroduite. Le juge a décidé que la compagnie d'assurance était tenue

## CONCLUSION : CONCLURE UN CONTRAT PAR LE BIAIS D'UN AGENT ELECTRONIQUE : UNE EVOLUTION OU UNE REVOLUTION ?

17. On trouve donc de bonnes raisons de considérer que, dans la plupart des cas, malgré les erreurs ou le dysfonctionnement du logiciel intégré dans l'agent électronique, les transactions conclues par ce biais doivent être contraignantes. Des bénéfices pratiques et financiers sont attendus de la généralisation de l'utilisation de ce nouveau processus contractuel. « Faire du business » par le biais d'ordinateurs devrait permettre aux vendeurs et aux acheteurs de gagner du temps et de l'argent. Est-il alors nécessaire de disposer d'un nouveau paradigme contractuel basé sur une relation face à face entre humains ?

Le professeur Nimmer écrivait en 1997<sup>60</sup> : « *no requirement exists in law that a contract offer be in writing and that there be a conscious, immediate human intent to make a binding commitment* ». Nous saluons cette idée, mais sommes d'opinion que la solution ne se trouve pas dans l'assimilation du message provenant d'un agent électronique à un « consentement manifeste ».

Comme R. Bernacchi et C. Grossman le font remarquer, « *this view arguably undervalues the importance of intent to the underpinnings of the contract and tends to ascribe the necessary intent to contract to machines. Of course, machines have no intent, except that which was embedded in the instructions given to them. However, the more complex the instructions are and the more leeway those instructions leave for adaptive change, the further removed the electronic negotiator is from the conscious intent of the human agents and the more the conceptual framework for contract breaks down* »<sup>61</sup>.

18. Le même fondement explique qu'il sera difficile de voir dans le message émis par l'agent électronique une trace suffisante du consentement, une « *sufficient trace for the will* », pour reprendre les termes de L. Thoumyre<sup>62</sup>.

Selon notre opinion, la solution doit clairement être trouvée en dehors d'une hypothétique ou fictive déclaration d'intention. La nécessité de

---

par la notice, indépendamment de la mauvaise foi de l'automobiliste. La cour a considéré que l'erreur commise par la compagnie d'assurance était une erreur de la compagnie qui agissait à travers son ordinateur. Il est clair que la théorie de l'apparence aurait conduit à une conclusion différente, à condition que l'automobiliste ait disposé de sérieuses raisons de croire que l'ordinateur avait commis une erreur.

60. R. NIMMER, « Selling products online: issues in electronic contracting », 468 PLI/Pat 823 (1997).

61. R.L. BERNACCHI et C.A. GROSSMAN, « Selected issues in electronic contracting », article non publié.

62. L. THOUMYRE, *op. cit.*, pp. 15-16, parle de « l'empreinte de la volonté », se référant au professeur CARBONNIER.

respecter les attentes légitimes des tiers, fondement de la reconnaissance du contrat, nous semble une solution plus respectueuse des deux valeurs essentielles que le contrat doit assurer : « l'utile » et le « social », selon les termes d'un article de J. Ghestin<sup>63</sup>, le pragmatisme commercial nécessaire pour la sécurité des transactions commerciales et la « justice morale », pour reprendre les deux points développés par T. Allen et R. Widdison.

Est-ce une révolution ?

Oui, si l'on considère acceptable qu'un contrat puisse exister et avoir des effets contraignants sans l'un de ses éléments essentiels : le consentement.

Non, si l'on envisage la solution comme un développement supplémentaire de la récente théorie de l'apparence, déjà développée dans de nombreux systèmes juridiques basés sur le Code civil.

Une partie contractante, dans la mesure où son comportement crée une situation qui fonde une attente légitime<sup>64</sup> dans le chef de l'autre partie, est tenue en tant que « maître » de l'agent électronique.

---

63. J. GHESTIN, « Le contrat entre l'utile et le social », *Arch. ph. dr.*, 1991 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, tome 2, *Les obligations, le contrat : formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 181 et s. ; V. GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique*, Thèse, Montréal, à paraître

64. Comparer avec « in my opinion, the answer to that question should not be deduced from conceptual reflections on whether the actual or latent will is, but rather on a pragmatic approach. (...). This approach is in full accordance with article 2.1 of the Unidroit principles, according to which a contract may be concluded », M. B. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 14.